

JUSTIÇA & CARREIRAS

ISSN 1807-779X
Edição 191 - Julho de 2016
R\$ 16,90

MINISTRO HUMBERTO MARTINS, DIRETOR-GERAL DA ENFAM

ENFAM, CONTRIBUIÇÃO ESSENCIAL À FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS

EDITORIAL: Lupens e abutres da nação

Habemus maioria

A necessidade de audiência de justificação na falta grave

Gleucival Zeed Estevão | Juiz Substituto do TJRO

Realizada no campo da execução penal, a audiência de justificação é criação jurisprudencial e tem por base a interpretação que os Tribunais dão ao §2º, do art. 118, da Lei de Execuções Penais. Seu objetivo, grosso modo, é permitir que o condenado, a quem se imputa a prática de falta disciplinar de natureza grave¹, possa, pessoalmente, dar a sua versão dos fatos ao juiz das execuções penais, autoridade competente para aplicar, se o caso, a sanção de regressão de regime de cumprimento de pena (art. 118, I, da LEP; art. 33², *caput*, do CP).

Eis o texto legal:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado. (grifei)

Com efeito, a 1ª Câmara Criminal posicionava-se no sentido de que, embora ao apenado indisciplinado não fosse possível a aplicação da regressão, vez que já se encontrava no regime mais rigoroso quando do cometimento da falta grave, a sua oitiva em juízo, com base no dispositivo legal acima transcrito, revelava-se necessária em razão de que a homologação da falta grave produz efeitos para além da regressão de regime, como por exemplo, a interrupção da contagem do prazo para a progressão de regime (Súmula 534³, STJ).

Assim, firmou-se o entendimento, no âmbito daquela eg. Câmara, de que a oitiva do condenado era imprescindível como forma de assegurar o contraditório e a ampla defesa dentro do processo de execução da pena⁴, portanto, em juízo.

Nessa toada, pontuo que, para a 1ª Câmara Criminal, independentemente do processo administrativo disciplinar instaurado no âmbito carcerário, a prevalência sempre é da atuação judicial.

De outra banda, a 2ª Câmara Criminal, de forma divergente, sempre entendeu que o §2º, do art. 118, da LEP, não confere ao apenado faltoso, já cumprindo pena no regime fechado, o direito subjetivo à oitiva pessoal antes da homologação da falta grave. A eg. Câmara apoia seu entendimento em dois fundamentos: primeiro, na aplicação da Súmula 533⁵, do STJ. Entende aquele Órgão do Tribunal de Justiça que o contraditório e a ampla defesa, no incidente de apuração de falta disciplinar grave, devem ser assegura-

dos no processo administrativo disciplinar, cabendo ao juiz apenas velar para que a autoridade administrativa respeite os citados princípios constitucionais, já que, por lei (art. 47⁶, da LEP), o poder disciplinar é exercido pelo diretor da unidade prisional.

Segundo, a sanção de regressão, expressamente prevista no art. 118 da lei de regência, não pode ser aplicada ao faltoso em questão, pois não haveria o que piorar na sua situação carcerária. Portanto, a hipótese escapa da regra prevista no §2º⁷ acima transcrito. Em outras palavras: sem regressão, sem audiência de justificação.

Destarte, posso inferir que, para a 2ª Câmara Criminal, a atuação judicial é subsidiária a da autoridade administrativa.

A divergência, vale frisar, causava instabilidade na massa carcerária, pois, a depender do órgão revisional, a presos em igual situação aplicava-se solução diversa, isto é, uns eram ouvidos pelo juiz, por força de decisão reformadora proferida pela 1ª Câmara, e outros não, conforme entendimento da 2ª Criminal, considerando que o raciocínio no 1º grau sempre foi o de não realizar a justificação em casos tais.

Importante consignar, nessa toada, que as Câmaras Reunidas já tinham apreciado a matéria nos Embargos infringentes de nº 0007428-25.2015.8.22.000⁸, interposto pela combativa Defensoria Pública do Estado de Rondônia. Todavia, em razão do empate na votação, a divergência persistiu.

No entanto, a partir do dia 11.12.2015, quando as Reunidas voltaram a julgar a matéria em Embargos Infringentes⁹ igualmente opostos pela Defensoria Pública, formou-se entendimento majoritário contra a realização da audiência de justificação em casos tais, prevalecendo, assim, o entendimento da 2ª Câmara Criminal¹⁰. Eis a ementa do Acórdão:

Embargos infringentes em agravo de execução penal. Falta grave. Ausência de regressão de regime. Audiência de justificação. Prescindibilidade. Embargos não providos. 1. Sendo constatada a prática de falta grave em procedimento administrativo e que não ocorrendo a regressão de regime quando de sua homologação pelo magistrado competente, não há nulidade por ausência da audiência de justificação, por não existir, na hipótese, ofensa ao art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal, mormente quando houve a regular instauração de PAD no qual houve defesa técnica. Precedentes. 2. Embargos não providos. (TJRO – Câmaras Criminais Reunidas – Embargos Infringentes nº 0007957-44.2015.8.22.0000, j. em 11.12.2015). Grifei

Com efeito, cabe registrar que a tese vencedora está em consonância com o entendimento atual do STJ, senão vejamos:



Foto: Arquivo pessoal

Conforme decidiu o Superior Tribunal Justiça, no Recurso Especial representativo de controvérsia de nº 1.378.557, o preceito normativo do §2º, do art. 118, da LEP, não determina que a oitiva do condenado seja pessoal e em audiência designada para tal fim; segundo o julgado citado, referida audiência é interpretada por algumas decisões, sem base legal, como “audiência de justificação”. A propósito, na parte que interessa, transcrevo parte do Voto do Relator:

[...] “Impende ressaltar, por oportuno, que, não obstante a decisão de regressão seja da competência do juiz da execução, o preceito normativo sequer determina que essa oitiva prévia seja pessoal, em audiência específica para tal finalidade.

No Estado de São Paulo, por exemplo, por ocasião do 1º Encontro de Execução Criminal e Administração Penitenciária, realizado na cidade de Mogi das Cruzes, em que participaram todas as autoridades responsáveis pela execução penal, ficou estabelecida a seguinte diretriz:

‘ENUNCIADO 7. A oitiva do sentenciado, a que se refere o artigo 118 da Lei de Execuções Penais, pode ser feita por escrito ou realizada pelo diretor da unidade prisional, na presença de advogado.’

[...]

Dessarte, verifica-se que a defesa do sentenciado no procedimento administrativo disciplinar revela-se muito mais abrangente em relação à sua oitiva prevista no art. 118, § 2º, da LEP, que algumas decisões interpretam, sem base legal, tratar-se de audiência de justificação, tendo em vista que esta tem por finalidade tão somente a questão acerca da regressão de regime, a ser determinada ou não pelo juiz da execução.” Destaquei.

Recentemente, o Tribunal da cidadania voltou a decidir questão idêntica, oportunidade em que reafirmou sua jurisprudência:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR REALIZADO. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PARA OITIVA DO REEDUCANDO ANTES DA HOMOLOGAÇÃO. DESNECESSIDADE. FALTA GRAVE. DESCONSTITUIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PERDA DE DIAS REMIDOS. ANÁLISE PREJUDICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] III - De acordo com a jurisprudência deste Tribunal é desnecessária a realização de audiência de justificação para homologação de falta grave, se ocorreu a apuração da falta disciplinar em regular procedimento administrativo, no qual foi assegurado, ao reeducando, o contraditório e ampla defesa, inclusive com a participação da defesa técnica (HC 333.233/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 6/11/2015).” Destaquei.

Ainda sobre o preceito normativo do §2º, do art. 118, da LEP, a respeito da (des)necessidade de oitiva pessoal do apenado em juízo, transcrevo, na parte que interessa, manifestação do Min. Cezar Peluso no HC de nº: 95.423:

[...] o fato de ter o paciente acompanhado o procedimento administrativo não é suficiente para dispensar, não a sua inquirição, o seu interrogatório – o que não me parece necessário –, mas a manifestação da defesa no processo de execução. E não houve isso. Ele foi ouvido no procedimento administrativo, mas não o foi no processo de execução. Vossa Excelência, no relatório, refere que a Corte estadual deu provimento ao recurso, declarando a nulidade da decisão para que outra fosse proferida após a manifestação da defesa e a oitiva do condenado em audiência. Essa inquirição em audiência me parece desnecessária, mas a manifestação da defesa no processo de execução, após o procedimento administrativo, parece-me indis-

pensável, porque de outro modo bastaria o procedimento administrativo [...] (HC 95423, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 3/3/2009, DJe-121 DIVULG 30-6-2009 PUBLIC 1-7-2009 EMENT VOL-02367-03 PP-00551). Grifei.

Verifica-se, pois, que, tanto no STJ quanto no STF, em casos como aqueles analisados no dia 11.12.2015 no âmbito das Câmaras Reunidas, tem prevalecido a oitiva da defesa técnica à oitiva pessoal do condenado pelo juiz.

Nesse tom vale citar, também, decisões de outros Tribunais acerca da prescindibilidade da audiência de justificação:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA GRAVE. FUGA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REGRESSÃO PARA O REGIME FECHADO. OITIVA PESSOAL DO CONDENADO. PRESCINDIBILIDADE. JUSTIFICATIVA APRESENTADA POR ESCRITO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. ART. 118, I, DA LEP. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Na regressão de regime, pelo cumprimento de falta grave, a apresentação da justificativa por escrito dispensa a prévia oitiva pessoal do condenado, mediante audiência de justificação, principalmente quando não demonstra que, na presença do juiz, possa acrescentar algum outro dado ou explicação. 2. O cometimento de falta grave, como é o caso de fuga de estabelecimento prisional, justifica a regressão de regime, ainda que mais gravoso do que o imposto na sentença. (TJ-PR autos 8147137 Rel. Miguel Pessoa Julgamento: 8/3/2012 – Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal)” grifei.

Processo Penal: Execução penal. Regressão de regime. Ampla defesa do apenado. Não significa ser o mesmo levado fisicamente à presença do juiz. Ordem denegada. A LEP quando fala em seu artigo 118, § 2º em ouvir o condenado não quer dizer que o mesmo seja levado necessariamente à presença do Juiz para apresentar sua oposição técnica ao pedido de regressão requerido pelo MP. Quando a Constituição fala em amplo direito de defesa significa que o acusado tem todo o direito de ser ouvido pelo Juiz, mas não no sentido literal da palavra de ser levado ao vivo à frente do Juiz para expor pessoalmente suas razões, e sim o de ter acesso à defesa técnica que poderá defendê-lo da pretensão da outra parte da relação processual penal. Não há qualquer ilegalidade praticada pelo Juiz em não fazer audiência pessoal com o apenado nas hipóteses do artigo 118, § 2º, da LEP. Ordem denegada. (TJ-DF- *HABEAS CORPUS* N. 7.463 1998)” grifei.

Dessarte, muito embora meu posicionamento quanto à oitiva pessoal do apenado pelo juiz, em resumo, esteja albergado no §2º, do art. 196¹¹, da LEP, e não no §2º do art. 118 – portanto, independentemente de haver ou não sanção de regressão, somente ocorrerá audiência de justificação se houver necessidade de produção de prova oral em juízo – concluo este ensaio anotando

que o Tribunal de Rondônia, por meio das Câmaras Criminais Reunidas, sai na dianteira ao tomar a decisão que vai ao encontro do entendimento dos Tribunais Superiores, pacificando a matéria em âmbito regional e aplacando, assim, o ânimo da massa carcerária, sempre exaltado quando igual direito não é aplicado a todos que se encontram em igual situação.



Notas

¹ As condutas que configuram falta disciplinar de natureza grave estão prevista no arts. 50 e 52, ambos da LEP:

“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.”

“Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características:” (...).

² “Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.”

³ “A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.”

⁴ A título de exemplo, cito a ementa:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. REPROJEÇÃO DOS BENEFÍCIOS. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. NECESSIDADE. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA.

A prática da falta grave pelo reeducando que se encontra em regime fechado, embora não acarrete a regressão de regime, implica a imposição de efeitos acessórios graves, tais como o reinício da contagem do lapso necessário para obtenção de novos benefícios.

Daí a necessidade de oportunizar ao apenado o direito de ser ouvido (art. 118, § 2º da LEP) com a presença de Defensor Público ou advogado constituído, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (TJRO - 1ª Câmara Criminal, Agravo em Execução nº: 0000762-08.2015.8.22.0000, j. em 11.06.2015).

⁵ “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.”

⁶ “Art. 47. O poder disciplinar, na execução da pena privativa de liberdade, será exercido pela autoridade administrativa conforme as disposições regulamentares.”

⁷ A título de exemplo, cito a ementa:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PAD. RECONHECIMENTO FALTA GRAVE. TENTATIVA DE FUGA. OBSERVÂNCIA DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. REPROJEÇÃO DAS DATAS PARA BENEFÍCIO E PERDA DE EVENTUAIS DIAS TRABALHADOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

O PAD visa apurar ocorrência de própria falta grave, com observância do contraditório e da ampla defesa, bem como aplicação de diversas sanções disciplinares pela autoridade administrativa.

A oitiva do apenado, realizada na audiência de justificação, tem como único objetivo a aplicação da sanção concernente à regressão de regime, exigindo-se, por óbvio, que já tenha sido reconhecida falta grave pelo diretor do presídio (PAD).

Não ocorrendo regressão de regime e observados os princípio do contraditório e ampla defesa no PAD, dispensável torna-se a oitiva do paciente em juízo. (TJRO – Agravo em Execução nº: 0003459-02.2015.8.22.0000, j. em 03.06.2015).

⁸ “EMENTA: Embargos infringentes e de nulidade. Audiência de justificação. Imprescindibilidade. Respeito ao contraditório e a ampla defesa. Nos termos do art. 118, §2º, da Lei de Execução Penal e da jurisprudência pátria, é imprescindível a realização de audiência de justificação para a oitiva prévia do reeducando, assegurando-lhe o exercício do contraditório e da ampla defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os desembargadores das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, em, VERIFICADO O EMPATE, APLICAR O ART. 615, § 1º, DO CPP E DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS.” Grifei

⁹ Processos ns: 0007889-94.2015.8.22.000; 0007900-26.2015.8.22.0000; 0007957-44.2015.8.22.0000.

¹⁰ Anoto que esse entendimento já vem sendo, desde então, aplicado, à unanimidade, pela 1ª Câmara Criminal. A título de exemplo cito as decisões tomadas nos Agravos em Execução de nsº: 0007992-04.2015.8.22.000 e 0009262-63.2015.8.22.000, ambos julgados em 17.12.2015.

¹¹ “Art. 196. A portaria ou petição será autuada ouvindo-se, em 3 (três) dias, o condenado e o Ministério Público, quando não figurem como requerentes da medida.

§ 1º Sendo desnecessária a produção de prova, o Juiz decidirá de plano, em igual prazo.

§ 2º Entendendo indispensável a realização de prova pericial ou oral, o Juiz a ordenará, decidindo após a produção daquela ou na audiência designada.”